

コミュニケーション・プロセス としての刑事司法 —司法システムにおける合意形成過程への 利害関係者の参加と「市民社会」—

辻 脇 葉 子

目次

はじめに

I 修復的司法の登場

II 修復的司法への批判

III Braithwaite の共和主義的正義論

IV コミュニケーション・プロセスとしての刑事司法

おわりに

はじめに

現在、刑事司法・少年司法の領域において、修復的司法のアプローチが国際的に注目されている。修復的司法とは犯罪に由来する混乱・紛争という問題を解決する意思決定過程に、犯罪の直接の利害関係者である被害者、加害者及び家族などの参加を促進し、被害者の回復、加害者の更正、そしてコミュニティの再統合を目標とするアプローチである。ニュージーランドで1989年青少年犯罪者のための制度として採用された家族集団協議 (Family Group Conference)⁽¹⁾、1980年代にカナダで誕生したセンテンシング・サークル (Sentencing Circles)⁽²⁾、1974年カナダのオンタリオ州で実施されその後ドイツなど欧州でも採用されている被害者・加害者調停 (Victim-Offender Mediation) が、その一例である。

また、2002年4月には、ウィーンで開催された国連犯罪防止刑事司法委員会において、修復的司法プログラムの運用に関する国連の準則”Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters”が採択されている⁽³⁾。

日本においても、特に少年司法の領域においては修復的司法プログラムを導入する試みが積極的に展開されている。日弁連では、子どもの権利委員会での検討・討議を経て、2000年3月には、家族集団協議を「少年事件協議」という名称で「少年事件被害者の少年事件関与に関する規定」という提言の中に盛り込んでいる⁽⁴⁾。また、2001年6月には、NGO「被害者加害者対話の会運営センター」が少年事件における修復的司法の実践を目的として発足している。センターは、ニュージーランドやオーストラリアで少年事件に適用されている家族集団協議を参考にして、少年事件の被害者、加害者、それぞれの家族や代理人弁護士などから申し込みを受け、その事件を担当する進行役2名が事前に被害者・加害者双方と会って十分準備した上、被害者と加害者の対話を実現させる活動を行っている⁽⁵⁾。さらに、現行の少年保護手続の中で、少年審判に被害者の遺族を立ち合わせる形で、少年と被害者とが対面・対話するという実践もすでに行われている⁽⁶⁾。

本稿は、以上のような修復的司法の実践を、民主主義という理念に基づく新しい合意形成のための回路として位置付けることを目的とする。すなわち、犯罪という社会問題、特に少年犯罪という喫緊の社会的課題の解決を、国家の司法・行政機関や専門家の手に委ねるのではなく、犯罪の直接の利害関係者である市民—とくに被害者、加害者、家族等のコミュニティ—が主体的に合意形成に関与する仕組みとして、修復的司法を理論的に考察する。さらに、そのような考察を通して、刑事司法をコミュニケーション・プロセスとして捉えなおす理論的基礎を探るものである。

I 修復的司法の登場

1. 修復的司法とは何か

修復的司法 (restorative justice) の定義については、必ずしも統一的な見解があるわけではない。例えば修復的司法を限定的に理解する Marshall の定義によれば、修復的司法とは当該犯罪に利害関係を持つ当事者が集合して、犯罪の引き起こした結果と将来への影響にいかに対処するかを解決するプロセスである⁽⁷⁾。また2002年に国連で採択された修復的司法プログラムの運用に関する国連準則は、修復的司法プログラムを、修復的過程による修復的帰結を達成することを追求するあらゆるプログラムを意味する⁽⁸⁾として、伝統的な刑罰という形態よりは建設的な方法で犯罪に対応しようと模索する実践を包括的に定義している。

現時点においては、特定のアプローチやプログラムに限定されず、以下の性質を持つものであればどのようなアプローチやプログラムにも修復的司法という言葉が一般的に使用されている。すなわち①犯罪によって傷つけられた者に対する加害者の個人的責任を強調すること（被害者とコミュニティに対する責任）、②主要な当事者の参加を奨励する意思決定プロセス、③犯罪によって生じた害を直すという目標である。修復的司法アプローチは、以上の3つの要素—フォーカス、プロセスそして目標—が多様な形で結合し、そして比較的狭い視点からかなり広い視点までと連続する一連のアプローチと考えられている⁽⁹⁾。

2. 刑事司法へのアンチテーゼとして登場した修復的司法

被害者、加害者及びコミュニティの修復を意味する修復的司法は、1980年代初頭に、刑事司法全体の見直しの議論として台頭したアプローチである。

近代の刑事法においては、犯罪は法規範違反として捉えられ、刑事司法はその法規範違反に対する国家の刑罰権を実現するためのシステムと

して、国家対犯罪者（被疑者・被告人）という構図で理解されてきた。そのように理解されてきたからこそ、犯罪者を訴追し犯罪事実を認定し刑罰を科する強大な権限を有する国家機関が、市民である犯罪者の自由や権利に対して不当な制約を加えないように、公権力を手続的に拘束し、人権を保障する「適正手続の保障」や黙秘権、弁護人依頼権を初めとする人権保障条項が確立されてきた。したがって、国家対犯罪者という構図で刑事司法システムを捉えることは、現在においても、自由主義・個人主義の観点から重要な意義があることに変わりはない。

しかし他方において、国家対犯罪者という構図においては、犯罪のもう一方の当事者である被害者の権利や利益は捨象されてきた。これまでの刑事司法制度の中では、被害者（ないし遺族）は、証人や傍聴人ではあっても、訴訟の主体や当事者としての地位は認められてこなかった。被害者は、刑事訴追をするか否かの決定においても、事実認定においても、加害者に科せられる量刑の決定においても、何ら法的な関与は認められてこなかった。被害者は事件の真相解明に資する情報を提供する証拠方法のひとつに過ぎず、また被害者に対する謝罪・損害賠償の有無ないし程度は、犯罪者の更正・社会復帰の可能性を判断する資料として量刑において考慮されるに過ぎなかったのである。

被害者には自分の意見や関心を発言して訴訟に積極的に参加する機会が与えられていないため、被害者が自分の利益・権利が擁護されていないという疎外感や、刑事司法に対する不信感を抱いていることが実証的研究によって明らかになってきた。そして、このような「忘れられた存在」である刑事司法における被害者への関心が高まったことが、修復的司法の登場に結びついた一つの要因であった。

他方、加害者が犯罪に至った背景にある個別事情や社会問題への配慮が不十分であるために、刑罰が加害者の更正・社会復帰に繋がらずむしろ刑務所収容によって悪化させているという現実があった。また、自分の犯行が被害者やコミュニティに与えた具体的影響について加害者が直

視する機会が十分に与えられてこなかったという反省もあった。再犯防止の点で機能していない刑罰に代わりより建設的な方法で犯罪に対処することへの要請が高まったことが、修復的司法の登場を促したといえるであろう。

3. 修復的司法の特徴

以上の刑事司法の問題を解決しようとする修復的司法は、第1に、犯罪を、単なる国家に対する抽象的な法規違反としてではなく、具体的な被害者やその家族・友人などの関係者に及ぼす侵害と考える点に特徴がある。そして、犯罪によってもたらされたその侵害状況の修復ないし回復、つまり犯罪に起因する具体的紛争を解決し法的平和を回復することが刑事司法の任務であると考えるのである。

第2に、修復的司法は、具体的紛争の当事者である被害者、加害者およびコミュニティの修復を志向するアプローチである点に特徴がある。修復的司法の理念は、責任(Responsibility)、修復(Restoration)、再統合(Reintegration)という「3つのR」に基づくと言われる。すなわち、修復的司法アプローチの主要な目的の第1は、犯罪者に自分の行為がもたらした結果をはっきりと認識させ、被害者に与えた影響を理解させること。第2の目的は、犯罪者が直接の被害者ないしはコミュニティに対して与えた損害を回復することを奨励し促進すること。第3の目的は、可能であるならば被害者と犯罪者との和解の道を探ることであり、それが困難な場合であっても、被害者および犯罪者をコミュニティ全体として再統合できるように努力することである⁽¹⁰⁾。

これに対して、1980年頃にその頂点に達したといわれるジャスティス・モデル(justice model)は、加害者中心で、回復よりもむしろ犯罪と刑罰との均衡を志向するモデルであり、いわば自由主義的個人主義の司法(justice of liberal individualism)と特徴付けられる。ジャスティスモデルとともに20世紀を通して主要なモデルであった福祉モデルもまた加害者志向モデルである⁽¹¹⁾。

ただ、被害者の権利保護と修復的司法とが必ずしも同義ではないことに注意を要する⁽¹²⁾。確かに、修復的司法の登場の背景には、被害者の利益や地位を向上させるべきであるという主張の高まりがあり、また修復的司法の主要な目標の一つは被害者のニーズ（物質的、経済的、感情的そして社会的なニーズ）に対応することによって被害者志向の側面がある。しかしながら、例えば英国においては1970年代以降、Victim Supportによる犯罪被害者に対する精神的・実質的な支援開始され、1976年と1999年には法廷における強姦被害者に対するプライバシーに関する質問から被害者を保護する改革が行われているが、これらの改革は刑事司法の当事者訴訟制度における欠陥を補うものであって被害者志向の刑事司法ではあるが、「3つのR」に基づいて紛争解決を目指す修復的司法の動きではなかった⁽¹³⁾。修復的司法の目標は、加害者が被害者との対話を通して被害者の痛みを理解し、自分の犯行がもたらした結果の重大性を認識し、被害者やコミュニティに与えた損害を回復しようとする、他方で被害者が対話のプロセスを通して人間としての尊厳や安心感を回復していくこと、さらに地域社会が平穏を取り戻し、被害者・加害者の社会復帰を援助して地域社会に再統合できるようにすることにある。つまりは被害者、加害者そしてコミュニティとの関係修復に重点を置く司法のあり方であり、そのために手続きへの被害者の関与を重視するのである。

第3の修復的司法の特徴は、プロセス重視という点にある。修復的司法の重点は、損害回復という結果よりも、利害関係者が合意形成に参加して対面・対話するというプロセスそのものにあるといえる。修復的司法は、加害者、被害者そしてコミュニティが手続きに参加しているという意識と満足を得ることによってエンパワーメントを実現すべきである⁽¹⁴⁾。換言すると、修復的協議に参加することを通して、被害者が安心感や人間としての尊厳を回復し、コミュニティが平穏を回復していくプロセスを重視するのである。

第4に、修復的司法は国家による加害者に対するトップダウンの処遇

決定ではなく、ボトムアップの合意形成の回路を構築するという特徴を有する。

伝統的な刑事司法制度においては、国家の法規範違反とみなされる犯罪に対していかに対処するかは決定は国家を代表する専門家に委ねられる。これに対して修復的司法においては、犯罪にどのように対処することが最善なのかを決定する過程に、犯罪によって最も影響を受けた被害者、加害者そして関心を寄せるコミュニティが主体的に関与する。したがって、国家はもはや意思決定を独占することがなく、主要な意思決定機関は当事者自身となる。それに伴い、国家の刑罰権は後退して、ある意味で国家の役割は再定義されることになる。例えば、国家機関は情報を提供し、サービスを提供し、人的・物的資源を供給する機関⁽¹⁵⁾と位置付ける可能性も出てくる。もちろん、国家をサービス機関という消極的な存在として位置付けることには議論の余地がある。しかし、全ての利害関係者―被害者、加害者、そして家族等のコミュニティ―が加害者の処遇を決定する合意形成過程に参加することを模索する修復的司法においては、これまでの刑事司法に比べると刑事司法の専門家の役割は縮小し、その代わりに被害者、加害者そしてコミュニティの役割が増大することを意味するのは事実である。

その意味において修復的司法とは、Braithwaite が指摘するように「能動的な市民権とコミュニティの形成を意味している」⁽¹⁶⁾のであって、「国家志向的でない犯罪学」⁽¹⁷⁾なのである。

III 修復的司法への批判

加害者志向のモデルである刑事司法に比べて、修復的司法は、加害者、被害者、コミュニティというすべての利害関係者志向のモデルであり、国家ではなくコミュニティを基礎とする司法論である。とくに、当該犯罪に利害関係を持つ当事者が集合して犯罪の引き起こした結果と将来へ

の影響にいかに対処するかを解決するプロセスであると解する、狭義の修復的司法に対しては、「コミュニティをベースとするジャスティス論であって、『国家』を単位とする司法論との関係が希薄であり、刑事司法との関係を考えるモデルとしてはさしあたり適当とは思われない」⁽¹⁸⁾という批判がある。

新しく登場した修復的司法が、国家の刑罰権を実現するこれまでの刑事司法とどのような関係にあると理解すべきなのか。この問題が、以下に紹介する修復的司法に対する批判の根底にあるということが出来る。

修復的司法への批判として、第1に、修復的司法は国家の刑罰権を奪うという主張が挙げられる。修復的司法プロセスの特徴のひとつは、犯罪者に対する処遇の決定権を国家から奪い、それを被害者やその家族、加害者とその家族、そしてコミュニティの代表者ないしはその機関にゆだねることを目的としている⁽¹⁹⁾という指摘である。特定の行為を、不法行為として民事訴訟の対象とすることを認めるにとどまらず、国家がそれを犯罪として訴追し刑罰を科するということで確認することに国家の刑罰権の意味があって、確認する公的利益が存在する。例えば、ドメスティック・バイオレンスは、民事訴訟における交渉や妥協の問題として捉えられるべきではなく、コミュニティ全体によってそれは無条件に悪い行為であると非難されなければならないのであって、犯罪として定義され訴追されなければならないのである⁽²⁰⁾。この意味において、修復的司法は国家が特定の行為を犯罪として訴追し処罰することの意義を奪うというのである。

さらに、国家の刑罰権を奪うということは、同時に市民から国家の保護を奪うことを意味することになる。市民は、国家の保護が期待できない緊急状況に関しては自己防衛権を留保するが、それ以外の場合には市民はその利益を国家によって犯罪者から保護してもらう見返りに法を遵守することに同意しているのであって、これが警察権力や訴追制度その他刑事司法システムの諸制度を正当化している理由でもある。私的制裁

による社会不安を回避するために、国家は刑事司法の管理を被害者やコミュニティから取り上げたのであって、刑事司法によって犯罪から市民を守ることは国家の責任であると考える⁽²¹⁾。

第2の批判は、コミュニティを基礎とした刑事司法は各コミュニティごとに異なる処分をもたらし、結果的に法の支配を損なうという批判である。Ashworthは以下のように指摘する。「コミュニティのエンパワメントは結果的に国家の刑事司法になくてはならない『法の支配』という価値を犠牲にするかもしれない。もしコミュニティが異なれば異なる基準が適用されるのだとしたら、結果は『地理による正義 (justice by geography)』ないしは『郵便番号抽選 (postcode lottery)』のようになってしまう。国家あるいは国家によって委譲された権限を行使する機関が、類似の犯罪を犯した2人につき地域が異なるだけで異なる処分をすることは正しいであろうか？……原則として、場所が違うだけで異なった基準が適用されることがないように、司法は一貫した方式で行われなければならない」⁽²²⁾と主張して、これが修復的司法に対する批判の核心であるとする。

第3に修復的司法に対してなされる共通の批判は、犯罪者（被疑者・被告人）の法的権利の手続的保護に欠けるという点である⁽²³⁾。加害者がその犯罪行為の責任を受け入れることを促すために、あるいは当該犯罪行為をいかに扱うかについての参加者の合意を獲得しやすくために、修復的司法擁護者によってこの過ちが犯されると指摘されている。

そのような危険性を示す一例が、イギリスにおいて1999年青少年司法および刑事証拠法（Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999）によって新設された青少年犯罪パネル（Youth Offender Panel）⁽²⁴⁾をめぐる議論であろう。内務省はこの制度は家族集団協議を模した制度であり、修復的司法の少年司法への導入を意図したものであると説明している⁽²⁵⁾。ボランティアのコミュニティ・メンバーを中心に構成されたパネルに加害少年と保護者、被害者が出席し協議の上、再犯を防止し且つ個々

の被害者ないしはコミュニティへの償いという観点から考えられた行動プログラムに合意が得られた場合には「青少年犯罪者契約 (youth offender contract)」が結ばれる。この制度は修復的司法の理念に基づいており、本質的には青少年裁判所で下される他の処分とは異なり合意に基づくものであると説明されている。しかしながら、その実際は、青少年犯罪パネルにおける手続が実質的には強制的性質を持つものであり、またパネルでの契約作成が合意に至らない場合には青少年裁判所に送り返されて、改めて自由刑を科される危険性がある。ところが、パネル手続に法的代理人の出席は認められていない⁽²⁶⁾。この点について、法律家を排除し少年に対して法的援助を与えないことは、単に公判だけではなく刑事手続のあらゆる段階において弁護人を依頼する権利が認められると規定し、さらに公正な裁判にとって必要な場合には、無料で弁護人を以てする権利を認めることを規定したヨーロッパ人権条約 6 (3)(c) に違反するという問題が指摘されている⁽²⁷⁾。

第4の批判は、修復的司法はネットワイドニングという結果をもたらすという指摘である。修復的司法プログラムによらなければ通常は警察の警告やディヴァージョンで処理されているはずの加害者、つまり再犯可能性の低い軽微な犯罪の加害者に修復的司法プログラムが焦点を当てることで、社会的統制の網を広げて過剰に介入する結果を招くという主張である⁽²⁸⁾。

第5の批判は、修復的司法が、人種的・社会的地位の差など被害者と加害者との間にある不平等という社会的文脈を看過してしまう虞があるという批判である。例えば加害者が、特にマイノリティ・グループに属する少年のように社会的地位が低い場合には、彼らの権利が公正に保護されない虞があり、刑事裁判ならば完全に与えられるはずの保護が部分的にしか認められないことになる。最悪の場合には、被害者のエンパワーメントを支援するという修復的司法の理念が、私刑という「正義」や多数者による専制を正当化することになってしまう虞があるという批判が

ある⁽²⁹⁾。また被害者の観点から見ると、例えばドメスティック・バイオレンスなどの女性に対する暴力が問題となっている場合に、パートナーに対する男性の暴力が非犯罪化され、パートナー間の個人的な問題に還元されてしまい、暴力ないしは損害が十分深刻に受け止められない危険性が指摘されている⁽³⁰⁾。

修復的司法は、専門家による決定ではなく、コミュニティを含む利害関係者による合意形成の回路を構築しようとするアプローチである。すなわち修復的司法は、国家によるトップダウンの規範的秩序によるのではなく、文化的相対性・多様性を受容して被害者・加害者が属するコミュニティから自発的に湧き上がってくるボトムアップの規範的秩序を志向するのである。このようなコミュニティを基礎とする司法は、ともすれば被害者と加害者との間にある不平等という社会的文脈をそのまま司法の中に持ち込み、さらに司法手続の中でそれを強化してしまう危険性がありうる。

また、伝統的刑事司法であるジャスティス・モデルにおいては、国家の刑罰権の恣意的運用を抑制するという自由主義的個人主義を基礎にして、犯罪と刑罰との均衡が求められ、被疑者・被告人の人権を手続的に保障する適正手続が強調されてきた。このような自由主義的視点に立脚するとき、加害者（被疑者・被告人）の人権への手続的保障を欠き、ネットワイドニング効果を招き、さらに罪刑均衡の原理に反する可能性を内包するという修復的司法プログラムの危険性に対しては確かに警戒が必要である。

さらにより根本的な問題は、一定の行為を国家が犯罪として認定し非難すること、そして国家が刑法と刑事司法を通して犯罪から市民を守る義務を有していることとの関係にある。つまり、国家が刑罰権および刑事司法に関する権限を独占する伝統的な刑事司法と、犯罪という紛争の解決を被害者、加害者およびコミュニティの手に委ねようとする修復的司法との間の基本的理念をめぐる相克である。

新しく登場した修復的司法が、国家の刑罰権を実現する刑事司法とどのような関係にあると捉えるべきか。また修復的司法は指摘されている危険性を回避することが可能なのか。次章では、以上の問題について解答を提示しながら修復的司法の理論化を試みる Braithwaite の見解を紹介する。

III Braithwaite の共和主義的正義論 (Theory of Republican Justice)

1. 説明理論としての再統合的恥づけ理論

修復的司法の理論と実践における国際的な先駆者である Braithwaite は、修復的司法を説明理論と規範理論との統合によって理論化しようとする。すなわち、Braithwaite の修復的司法理論へのアプローチによれば、「説明理論は世界が現実存在する状態についての秩序付けられた一連の命題であり、規範理論は世界があるべき状態についての秩序付けられた一連の命題」⁽³¹⁾であり、この相互に啓発しあうこの説明理論と規範理論を発展させることにあるとする⁽³²⁾。

説明理論としての「再統合的恥づけ理論 (theory of reintegrative shaming)」によれば、犯罪への非難が、犯罪者を社会から放逐するスティグマを付与するものとしてではなく、犯罪者を社会へと再統合させる恥づけとしてコミュニケートできている社会は犯罪率は低いと考える。再統合的恥づけ理論を Braithwaite は次のように説明する。「統合的な恥づけは、犯罪者への人としての尊敬を保ちつつ、批判を伝えようとするものである。つまり、犯罪者はその行為ゆえに非難されるのであって、人としては敬意をもって扱われることとなる。これに対し、スティグマの付与 (stigmatization) は、人としての敬意を欠く恥であり、加害者は悪人として扱われることになる。スティグマの付与は、加害者を永遠に悪人の烙印をつけたままにするという点において、赦しを意味しない。

これに対し、再統合的な恥づけは、恥をかかせる儀式が、結果的に赦しとなるものである。言い換えれば、犯罪を重く受け止めつつも、赦しと尊敬を失わない社会は犯罪率を低く押さえることができるということであり、犯罪者の社会的な地位を奪い、恥をかかせる社会は、犯罪率を高くしてしまうのである」⁽³³⁾。

この再統合的恥づけ理論によれば、被害者も加害者も敬意や信頼といった関係性を持たない裁判官や検察官によって裁かれる刑事裁判よりも、プロセスの中心に犯罪者ではなく犯罪行為がもたらした結果である物質的・精神的被害という問題を据えて、家族や被害者とその支援者が話しあう修復的司法プロセスの方が、犯罪の減少に関してはより効果的であるとする。なぜならば「加害者を受け入れてくれる人たちの存在と支援が、修復の儀式に再統合的要素を組み入れ、その恥の目的は加害者自身に、謝罪と償いを通じて恥を認めさせる」⁽³⁴⁾からである。

しかしながら Braithwaite は、この再統合的恥づけ理論は、何が恥ずべきことなのかという規範理論と統合されない限り危険な理論である、とする。恥づけは、非支配としての自由 (freedom as non-domination) を増大するものであるときに初めて許容されるべきであるとする。説明理論は、規範理論としての「非支配としての自由」、すなわち国家に市民の安全保障の維持を可能にさせると同時に刑罰の最低限度レベル内での刑事司法システムの運営を可能にする理論と統合されたときに、より説得力のあるものとなる⁽³⁵⁾。

2. 規範理論としての共和主義的正義論

それでは、Braithwaite が主張する規範理論であり、共和主義的正義の中心的概念である「非支配としての自由」とは、どのような実質を持った概念であろうか。

そもそも、「非支配としての自由」は、Braithwaite と政治理論・社会理論の研究者である Philip Pettit とによって、自由の共和主義的概念として創出された概念である⁽³⁶⁾。共和主義的な自由は、「非干渉としての自

由 (freedom as non-interference)」という自由主義的な消極的自由を意味するのではなく、「非支配としての自由 (freedom as non-domination)」であると以下のように主張する。

ローマの共和政、17世紀の英国の共和主義思想、モンテスキュー、マディソン&ジェファースンに遡る伝統を共有する共和主義は、「19世紀西洋の政治的論説を支配してきた自由主義者たちによって好まれた不毛な自由 (liberty) 概念以上のものを望んだのであった。共和主義的自由 (freedom) は、干渉されないという偶然的なこと以上のものを要求する。つまり、抑制のない権力によって恣意的に干渉される可能性さえないことの保障を要求するのである。實際上、共和主義者は、自由であることの意味を、すべての人に平等に扱われていないという不満を与えることなく、民主的な法の支配の下にありすべての人を干渉から保護する市民規範と同義に捉えるのである」⁽³⁷⁾。つまり、自由主義は、干渉を排除するということを重視して干渉を行う国家権力は最小限に制限されるべきであると考えが、干渉は存在しないが支配が存在するという事態を看過している。それに対して共和主義は、国家、集団、個人による恣意的な支配を排除する役割を果たすものとして国家の存在意義や、「法の支配」の意義を認めようとするのである。

さらに、共和主義的自由である「非支配としての自由」は、コミュニティの強化に重点を置く理論でもある。Braithwaite は、コミュニティ構成員が他者による支配から保護されているという「非支配としての自由」を平等に享受することを保障するために、コミュニティの役割が不可欠であるとする。つまりは「支配されないという保障は、権力の恣意的行使に対する集団による非難を結集する強固なコミュニティに根付いていなければならないので、コミュニティは非支配としての自由のために不可欠である。経験上、われわれは自由主義者や個人主義的社会は、非支配としての自由という権利侵害に対してコミュニティの非難を結集する力を持っていないと考える」⁽³⁸⁾のである。

そしてこの共和主義的観点から、Braithwaite は、修復的司法を理論化しようとする。

共和主義の視点は、刑事司法もまた、加害者や被害者の非支配としての自由を保護するようにデザインすべきであり、デザインされた刑事司法においてはコミュニティが重要な役割を果たすことを求める。そして、共和主義的正義は、犯罪が被害者・加害者・コミュニティに及ぼした影響にバランスの取れた関心を向けることを要求すると考える。例えば、学校の中でのいじめの背景に人種差別があるならば、共和主義的な修復的司法にとっては、個々の被害者や加害者を修復することだけでは不十分であって、いじめからの自由が人種上マイノリティ・グループに保障されるように学校というコミュニティの中で人種上の調和が回復されることを要求するのである。つまり、ミクロの処置のためだけではなく、マクロの不正を改革することを修復的司法は目指すべきであると考えられる。そのためには修復的司法は、個々の事件の背後に存在する不正に気づく対話に根ざした方法によって修復が図られるべきであるとするのである⁽³⁹⁾。「修復的司法は、何が正義に反するとすべきかという古来からの疑問を解決するものではない。修復的司法は、当事者が事件に関連していると考えた全ての不正について議論することで調和が回復されたと感じるまで当事者が話し合うことの手続的要求であるにとどまる。正義についての対話の中に、共和主義者は、正義とは（手続と結果の双方に關する）非支配として自由を保障するものであることを論証しようとする」⁽⁴⁰⁾ものなのである。

3. 修復的司法の危険性に対する共和主義的解決

修復的司法という表現は、現在、犯罪によって生じた害を修復することを目的する広範囲にわたる実践に対して広く使われている。修復的司法プログラムの形態は多様であって、被害者やコミュニティ代表者の役割をどの程度認めるか、警察が中心的役割を果たすべきか否か、加害者と被害者の直接対話を推進するか等について、制度によって違いがある。

さらに制度の中には、修復的とは「名目だけの劣悪な修復的司法」⁽⁴¹⁾も存在するのは事実である。

そこで Braithwaite は、上述した修復的司法プログラムに対する批判や危険性に対する共和主義的解決を目指して、多様な形態の修復的司法プログラムに一定の基本的基準を設けることを提案する。つまり一定の基本的基準を設けることによって、修復的司法の危険性を解決し、国家の刑罰権・刑事司法権と修復的司法との関係に関する解決の鍵を提示しようとするのである。以下において、Braithwaite が提案している基本的基準を紹介し、その後、その基本的基準が、「非支配としての自由」という規範理論としての共和主義的正義理論からどのようにして導き出されたのかを整理する。

Braithwaite は、設けるべき修復的司法の基準をその目指す価値の性格に応じて3つのグループに分けている⁽⁴²⁾。第1のグループは、必ず尊重されなければならない羈則的な価値 (constraining values)。第2のグループは、修復的司法プログラムが促進することを期待されている修復的価値であって最大化すべき価値 (maximizing values)。第3のグループは、修復的司法プログラムが成功した場合に結果として発生するが、それが発生するように参加者を促すべきではない創発的な価値 (emergent values) である。

(1) 羈則的な価値 (constraining values)

個人に対する重大な制裁や自由への制約が関係する場合には必ず保障されなければならない価値として、Braithwaite は非支配 (non-domination)、エンパワーメント (empowerment)、法的な刑罰の上限の尊重 (honouring legally specific upper limits on sanctions)、敬意を持って傾聴すること (respectful listening)、すべての利害関係者への同等の関心 (equal concern for all stakeholders)、説明責任、異議申し立て可能性 (accountability、appealability)、基本的人権の保障 (respect for the fundamental human rights) という7つの価値基準を挙げてい

る⁽⁴³⁾。

第1の「非支配」は、「非支配としての自由」を中核とした共和主義的正義の観点から修復的司法を根拠付ける理論から導き出される。社会のあらゆる領域における相互作用と同様に、修復的司法プログラムにおいても支配が存在する。しかし支配を回避するのに有効でなかったとしたら、そのプログラムは修復的とはいえないのである。修復的司法プロセスは支配を回避するものでなければならない。したがって、利害関係者が協議やサークルへの出席を望みそして意見を述べたいならば、出席が阻まれてはならない。また、すべての利害関係者が意見を述べそれを聞いてもらう機会があるようにプログラムが設計されていることが必要となる⁽⁴⁴⁾。

ただ、修復的手続が開始されてからでは、支配に対処するには遅すぎると Braithwaite は指摘する。力の不均衡は構造的な問題であり、その力の不均衡を最小限にするように修復的手続は予め構成されていなければならない。例えば、少年犯罪者が、「部屋いっぱいの人」に非難されるという状況にしてはならず、修復的手続の場合には、子どもの擁護者としての責任を自覚する大人の存在が不可欠である。同様に、ドメスティック・バイオレンスの加害者と男性優位擁護論者のグループが支配して、被害者である女性や子どもたちを怯えさせて沈黙を強いるような状況が生じてはならないのであって、力の不均衡の危険が深刻な場合には、女性と子どもの擁護グループが在席できるような準備作業が重要となってくる⁽⁴⁵⁾。

第2の「エンパワーメント」は、内容としては非支配の概念に含まれるものであるが、非支配が受動的な価値であると誤解されることがないように、明示的にリストに加えられている⁽⁴⁶⁾。

第3の「法的な刑罰の上限の尊重」の目的は、刑事司法システムによる市民に対する支配を防止するために、特定の犯罪に対して法律によって許容されている最大限を超えて刑罰を課すことを抑止することにあ

る。したがって、修復的司法プロセスが、その犯罪に対して裁判所が言渡すであろう刑罰の上限を超えて刑罰を科すことを禁止しなければならないと Braithwaite は主張する⁽⁴⁷⁾。

第4の「敬意を持って聴くこと」は参加の条件であって、条件に従うことを執拗に拒絶する者は退室を要求されなければならない。なぜならば、多くの人のエンパワーメントを困難にするので、敬意を持って傾聴するという条件はその者のエンパワーメントよりも優先すると説明されている⁽⁴⁸⁾。

第5の「全ての利害関係者に平等の関心」は、修復的司法の基本的原理である。修復的司法プログラムは加害者だけでなく被害者および影響を受けたコミュニティのニーズやエンパワーメントに配慮しなければならないのであって、被害者を加害者の更正のための支援者としてのみ不当に扱うプログラムは道徳的にも受け入れがたい。また、被害者と加害者には利益をもたらすがコミュニティのあるメンバーに深刻な損害をもたらし、その意見さえ聞かないのだとしたら、それも道徳的に受け入れがたいとしている⁽⁴⁹⁾。

第6の「説明責任、異議申立可能性」は、具体的には修復的解決に対する異議を裁判所に申し立てる権利と、協議やサークルによってではなく裁判所による問題の解決を選択する権利であると説明し、法的問題として修復的司法プロセスに重要なこととしている。ただし他方において、刑事裁判の説明責任に関連するすべての仕組みを修復的司法プログラムに導入するとすることについては Braithwaite は否定的である。例えば、手続の公開に関しては、もしスティグマを回避し非支配的な対話を確保しようとするならば、協議やサークルを通常公開しないことが望ましいと指摘する。ただし、非公開の場合には「説明責任、異議申立可能性」という観点から、修復的司法プロセスに関する十分な情報を市民に提供し、また市民による手続きの監視が可能のように、研究者・ジャーナリスト等の第三者の出席を確保することが重要であるとする⁽⁵⁰⁾。

第7の「基本的人権の保障」、とくに世界人権宣言、経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約(A規約)、市民のおよび政治的権利に関する国際規約(B規約)、女性に対する暴力の撤廃に関する国連宣言、犯罪およびパワー濫用の被害者のための司法の基本原則宣言の中に明記されている基本的人権は必ず保障されなければならないとする⁽⁵¹⁾。

(2) 最大化すべき価値 (maximizing values)

第2のリストは、修復的司法プログラムによって促進されることが期待されている修復的価値であり、個々の修復的プロセスの成功・不成功は、これらの価値が実現されたか否かによって評価される。財産的損害の回復や感情的な修復のように基礎的な種類の修復だけでなく、尊厳の回復といったより抽象的な修復も含まれている。最大限に実現されるべき価値として列挙されているのは、人間の尊厳の回復、財産的損害の回復、安全/負傷/健康の回復、損なわれた人間関係の修復、コミュニティの修復、環境の修復、感情的な修復、自由の回復、共感ないしは思いやりの回復、平穏の回復、市民としての義務感の回復、人間の能力を開発するための社会的援助の供給、将来の不正義の予防である⁽⁵²⁾。

(3) 創発的な価値 (emergent values)

創発的な価値として挙げられているのは、不正義に対する後悔 (remorse over injustice)、謝罪、行為を非難すること (censure of the act)、人を赦すこと、慈悲である⁽⁵³⁾。

後悔、謝罪や赦しという上述の価値は、加害者・被害者等の自発的な意思に基づいたときにはじめて修復という意味を持ちうるのであって、強引に引き出そうとすると無意味になってしまう価値である。ただし価値の重要度において、(1)(2)のリストと比べて低いということではないとしている⁽⁵⁴⁾。

以上、Braithwaite が、修復的司法の危険性を解消するために提案している修復的司法プログラムの基本的基準を紹介した。次節においては、これらの基準と Braithwaite の主張する規範理論としての共和主義的

正義論との理論的連関を確認することによって、修復的司法制度をトップダウンとボトムアップの相互作用として捉える Braithwaite の共和主義的理論の全体像を明らかにしようとする。

4. 修復的司法の基準と共和主義的正義論

(1) 非支配という共和主義的解決のための基本方策

Braithwaite は、修復的司法の危険性に対処しながら同時に修復的司法の正義を最大限に実現できるための基本方策であり、非支配という共和主義的解決のための基本方策として、3つ挙げる。第1に、法的形式主義が非形式主義の行き過ぎをチェックしつつ非形式主義をエンパワーメントさせることを可能にする法の支配の下における異議申立て可能性 (contestability)、第2に、1対1の和解ではなくコミュニティ参加の協議を選択することにより個人間の権力の不均衡を弱める、という脱個人の修復的司法 (de-individualizing restorative justice)、第3に、協議における討議 (deliberation of conferences) の中に浸透し、多数者による専制から少数者を保護し、そして私的な事柄を社会変革に繋げていく活力に満ちた社会の政治的活動である⁽⁵⁵⁾。

第1の「法の支配の下における異議申立て可能性」は、「非支配としての自由」という共和主義的な自由の概念から導き出される基本方策である。

Braithwaite によれば、前述したように自由主義的な自由概念は「非干渉としての自由」であって干渉を排除することを重視して、干渉を行う国家権力は最小限に制限すべきであるとする。これに対して共和主義的な自由である「非支配としての自由」は、国家、コミュニティや個人が恣意的な支配をもたらす危険性を防止するために、国家や「法の支配」に存在意義を認める。むしろ恣意的な支配を排除する役割を果たすものとして、法の「干渉」を積極的に評価するのである。すなわち、共和主義において「法の支配」は、国の恣意的支配やコミュニティによる恣意的支配を排除する役割を担っているのである。そして、特定の意思決定

機関による裁量が恣意的支配を生じそうな場合には、そのような意思決定に対して異議申し立てができるということが保障されなければならない。異議申し立て可能性という安全装置が存在することが「法の支配」を実現するためには重要な意味を持つてくる。

この「法の支配」は、刑事司法の領域においても、訴追機関や裁判機関の恣意的支配から被疑者・被告人を保護するようにデザインされていることを要求すると Braithwaite は考える。その一例として、裁判の公開や適正手続保障を挙げる。同様に、法の支配は、修復的司法制度を監視するという役割を担うとする。法の手続主義 (proceduralism of law) は修復的司法協議の妥協を監視するという役割を担い、修復的司法が正義を行わなかったときの最後の手段として機能する。この意味において修復的司法は、法の支配に代替するものではなく、また法の手続主義を否定するものでもないとする⁽⁵⁶⁾。

むしろ法の支配の形式主義は、修復的司法協議の非形式主義をエンパワーメントさせる能力を持っていると論じている⁽⁵⁷⁾。なぜならば、法律形式主義 (legalism) の観点から要求される異議申し立て可能性は、共同体主義的司法 (communitarian justice) においても正義が確保されることを当事者に奨励するからである。形式主義が、加害者に協議を選択する権利を与えるとともに、何時でも協議を拒否する権利があることを知らせることを要求する場合には、形式主義は非形式主義をエンパワーメントさせると考えるのである⁽⁵⁸⁾。

したがって、Braithwaite による共和主義的な修復的司法は、国家刑罰権の実現である刑事司法制度を変更しないままに、修復的司法を部分的に導入するアプローチであるといえよう。紛争解決のための手段としての修復的司法という広範囲にわたる活用を推進する一方で、加害者あるいは被害者が修復的プロセスへの参加を拒絶するケースや、加害者あるいは被害者のいずれかが修復的プロセスの出した結論に異議申し立て権を行使した場合や、加害者が手に負えない常習犯罪者であるか犯罪が重大

である場合には、従来型の刑事司法制度を維持する必要性についても認めるのである。

Braithwaite は、法の支配の下における異議申立て可能性という基本方策によって、国家の刑罰権の実現である刑事司法制度を否定するという指摘や、あるいは加害者の法的権利への手続的保護に欠けるという修復的司法の危険性に対処しつつ、同時に修復的司法の正義を最大限に実現することが可能になると考える。そして、この観点から修復的司法の基準として提案されているのが、羈則的な価値の中であげられている「法的な刑罰の上限の尊重」、「説明責任・異議申立て可能性」、「基本的人権の保障」である。

第2の「脱個人の修復的司法」は、修復的司法に対する主要な批判のひとつである、被害者と加害者に影響を及ぼしている支配と構造的不平等という社会的文脈を看過する危険性を視野においた基本方策である。子どもと大人、男性と女性、人種など加害者と被害者との間にある社会的地位や権力の不均衡が、そのまま修復的司法プロセスに影響を及ぼす危険性がある。例えば、ドメスティック・バイオレンス、レイプ、加重強盗、殺人未遂、そして重大なホワイトカラー犯罪に関して修復的協議を利用することには異論があるのは、そのためである。

しかしこのような異論に対して、Braithwaite は、1対1の和解ではなくコミュニティ参加の協議という脱個人の修復的司法プログラムを選択することによって、個人間の権力の不均衡を緩和することができると考えるのである。刑事司法における修復的協議は、非形式的司法という手続を、個人がその最も信頼する友人の同席と援助に助けられて、たとえ加害者が自分たちより権力を持っている場合であっても、加害者に対し謝罪や賠償を受け取るフォーラムに変えることが可能とする。1対1の被害者・加害者和解の問題点は、もし加害者が学校のいじめっ子で被害者がいじめられっ子の場合や、加害者が子どもで被害者が大人の場合、加害者が男で被害者が女の場合には、権力の不均衡がそのままの形で和

解の場に現出することにある。それに対して協議という形態が異なるのは、協議が、男性と女性、子どもと大人といった二つの保護コミュニティ (community of care) のミーティングという形態をとるということである。協議は権力の不均衡を無くすわけでは決してなく、一方の保護コミュニティは中産階級であり、他方が下層階級であることには変わりはないであろう。しかしそれぞれのコミュニティが協議に参加することによって、権力の不均衡を弱めることが可能であると主張する⁽⁵⁹⁾。

この脱個人の修復的司法という観点から、羈則的な価値の中において「非支配」、「敬意をもって聴くこと」を、修復的司法の基準として提案しているのである。

第3に「共和主義的な社会活動を通して個人の問題を公共の関心事へと高めていくこと」が挙げられている。Braithwaite は、修復的司法はミクロの問題処理のための司法から、マクロの不正すなわち構造的な不正を改革する司法を目指すべきであり、背後に存在する不正に気づく対話に根ざした方策によって調和を修復すべきであると主張する⁽⁶⁰⁾。なぜならば、修復的司法の共和主義的理論は、犯罪が被害者・加害者・コミュニティに及ぼした影響を修正することにバランスの取れた関心を注ぐことを要求し、個々の被害者や加害者を修復することだけでは不十分と考えるからである。もし学校の中でのいじめの背景に人種差別が原因としてあるならば、共和主義的な修復的司法は、いじめからの自由が人種上のマイノリティ・グループに保障されるためには、学校の中で人種上の調和が回復されることが不可欠と考えるのである⁽⁶¹⁾。

政治思想としての市民共和主義 (civic republicanism) の中核には、市民社会における積極的に組織化された市民権 (active, organized citizenship) が国家権力の濫用に対する防波堤であるという考えがある。同様に、そのことは、コミュニティの権力濫用に対する重要な保護手段でもあって、国家の法とコミュニティ双方の専横を抑制することに重要な役割があると Braithwaite は主張する⁽⁶²⁾。このような共和主義的な修復

的司法にとっては、修復的協議に少年事件における少年の弁護人、少数民族の擁護者、そして女性被害者の保護団体が参加することは、警察や裁判所などの国家権力の濫用およびコミュニティの多数者による権力の濫用を抑制するとともに、個人の問題を公共の関心事につなげていくことによって構造的問題の改善を働きかけるという意義がある⁽⁶³⁾。

この観点からの修復的司法の基準として、羈則的な価値の中において「非支配」、最大化すべき価値の中においては「コミュニティの修復」、「市民としての義務感の回復」、「将来の不正義の予防」を挙げることができる。

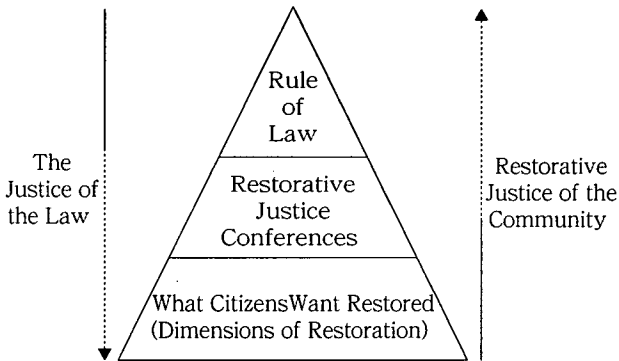
(2) トップダウンとボトムアップの相互作用としての修復的司法

以上、修復的司法の危険性を解決するとともに、被害者・加害者・コミュニティを修復するために提案した3つの基本方策、つまり、法の支配の下での異議申立て可能性、脱個人の修復的司法、そして個人的な問題を公的関心事にまで繋げる社会活動が、共和主義的司法論を構成している。換言すれば、共和主義的司法論とは、法とコミュニティの抑制と均衡 (checking and balancing law and community)⁽⁶⁴⁾としての修復的司法、あるいは法の支配によるトップダウンと、市民やコミュニティからの正義関心を制度化するボトムアップの相互作用としての修復的司法といえることができる。

Braithwaiteにとって、家族集団協議のような修復的司法制度は、右頁の図に描かれるように、刑事事件における司法メカニズムの共和主義的相互作用のための重要な軸を形成している⁽⁶⁵⁾。そして、ピラミッドの頂点に位置する法の支配と、ピラミッドの底辺にある個人やコミュニティの正義関心とが刑事司法においてどのように相互に作用するかを次のように説明している。

修復的司法協議は、社会的連帯を回復する共同体論的 (communitarian) プロセスを通じて、ピラミッドの底辺にある修復と癒しについて個人及びコミュニティが抱く正義関心 (justice concerns) をエンパワーメ

Checking of Law and Community to Make Restorative Justice Just⁽⁶⁶⁾



ントさせ制度化しようとするものである。しかし、修復的司法協議の実践の場であるミクロのレベルにおいては、支配や専横の危険性が常に存在しうる。そのため修復的協議は、法の支配という手続的関心に対して責任を負うように構成されていなければならない、被害者と加害者が常に協議をやめて裁判所による手続を選択する権利が保障されている必要がある。協議に不正があればそれに対して異議申立ての可能性を認め、裁判所が介入するという可能性と現実性を保障することによって、結果的に、権利/手続的正義のディスコース (a rights/procedural justice discourse) は、修復的司法協議に浸透し、さらにはピラミッドの底辺にある一般人の関心にまで浸透していく。つまり、ピラミッドの頂点に位置する法の支配が、警察やコミュニティの支配や専横からの保護を保障することによって、結果として国家法の形式主義は修復的司法の非形式主義を補強するのである⁽⁶⁷⁾、と。

すなわち「非支配としての自由」という共和主義的な自由の概念は、国家機関だけでなくコミュニティによる恣意的支配からの安全装置として「法の支配」と法の支配の下における異議申立て可能性の重要性を認める。換言すれば、法の支配によるトップダウンの干渉を積極的に要請するのである。

他方において、トップダウンの形式主義的なリーガリズムは、個別的な状況において必要とされる修復や癒しの重要性を無視することによって協議を支配する虞もある。したがって、ピラミッドの底辺に位置する修復と癒しに関するコミュニティの関心を制度化する修復的司法協議の普及は、刑事司法制度全体をより市民やコミュニティが抱く修復のニーズに答えるものにすることを可能にする。つまり市民の関心が、協議の法的管理を通して法的なディスコースと手続きの中へとピラミッドを沸き上げていく道をもつことになるのである。方向は逆であるが、それはちょうど法の正義のディスコースが下へと浸透していく道を持つものと同じなのである⁽⁶⁸⁾。

Braithwaite が基本方策として掲げる「脱個人の修復的司法」は、以上の市民からのボトムアップ方式の司法を明確化したものである。犯罪は人種、社会的地位、経済的格差、ジェンダー、子どもという社会的文脈の中で生じるのであるから、犯罪によって発生した問題解決もコミュニティという社会的文脈の中で対処すべきであると考ええる。そして、コミュニティ・グループの関与した協議の場における討議を通して、結果的には個人の問題を公共の問題に結びつけて社会変革に繋げていく制度として修復的司法プログラムを構想している。つまりは、Braithwaite にとって共和主義的な修復的司法は、能動的な市民権（active citizenship）とコミュニティの形成（community building）⁽⁶⁹⁾を意味し、修復的司法のプロセスはこれまで意思決定過程への影響力を持たなかった市民がボトムアップで合意形成していくプロセスの設置を意味するのである⁽⁷⁰⁾。前述した「脱個人の修復的司法」及び「共和主義的な社会活動を通して個人の問題を公共の関心事へと高めていくこと」という修復的司法の基本方策は、この観点から導き出されているのである。

そもそも共和主義は、能動的な市民権に裏付けられた、合意形成プロセスへの市民参加と集団討議をその中心的考えとする。Braithwaite は、この共和主義は、国王の正式な法規（king's formal rules）の名のもと

に専門家による裁判を選択し、市民による正義に関する討議を否定してきた刑事司法の伝統には根付いてはいないと考える。そこで共和主義的な修復的司法によって、共和主義の伝統に強固な基盤を持つもの討議の民主主義の回復⁽⁷¹⁾を実現しようとするのである。

そこには、Braithwaite が修復的司法を通して、民主主義的なコミュニケーション・プロセスの担い手としての市民と、コミュニケーションとしての司法を追求する方向性を見ることができる⁽⁷²⁾。

IV コミュニケーション・プロセスとしての刑事司法

修復的司法と同様の、民主主義という理念を刑事司法という領域で実現するための新しい合意形成の回路を構築しようとするアプローチ、すなわちコミュニケーションとしての司法を追求するアプローチは、2001年6月の司法制度改革審議会意見書による裁判員制度の提案にも見出すことができる。

司法制度改革審議会意見書は、裁判員制度の導入が司法の国民的基盤の確立にあることを以下のように述べている⁽⁷³⁾。

21世紀のわが国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う国家への過度の依存体質から脱却し、自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められている。国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、国民が、自立性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加することが期待される。国民が法曹と共に司法の運営に広く関与するようになれば、司法と国民との設置面が太く広くなり、司法に対する国民の理解が進み、司法ないし裁判の過程が国民に分かりやすくなる。その結果、司法の国民的基盤はより強固なものとして確立されることになる。…（中略）…

訴訟手続は司法の中核をなすものであり、訴訟手続への一般の国民参加は、司法の国民的基盤を確立するための方策として、とりわけ重要な意義を有する。

一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる。

裁判員制度は、民主制における国民の責務のひとつとして国民の司法参加の途を拓き、司法により強固な民主的基盤を与えようとする提案である。裁判員制度の導入によって刑事司法にもたらされる変容を、コミュニケーションの視点から考察するとき、変容には2つの側面があることが見えてくる。

第1に、個々の刑事裁判の場でのコミュニケーションに変化がもたらされうることである。これまでの刑事裁判は、裁判官、検察官、弁護人という法律家を中心に進められてきた。審理は専門家にのみ理解可能な専門用語を多用した書面中心の審理であり、傍聴人はもちろん裁判の当事者である被告人にとっても容易に理解できるような努力はなされてこなかった。

しかし、一般市民が刑事裁判の審理に参加する裁判員制度においては、市民への「分かりやすい裁判」が要請される。法廷での審理は書面ではなく証言を中心とした審理へと変えることや、書面を使用する場合であっても、裁判員に理解しやすい言葉による書面の作成や、公判廷での取り調べ方法の工夫が不可欠となってくる。裁判員にとって分かりやすい裁判は、傍聴人・被告人にとってもわかりやすい裁判であることを意味する。また重要な問題として、市民である裁判員が率直に意見や疑問を表明することができ公正な判決にいたるコミュニケーション・プロセスが確保されることも不可欠となる。したがって、裁判員制度の導入に

よって、職業裁判官・検察官・弁護人である法律家と市民である裁判員・被告人・傍聴人とのコミュニケーションという観点が重要な意義を持つてくるのである。

司法制度改革審議会意見書は、この点に関して、「裁判員が関与する意義は、裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるという点にある。このような意義は、犯罪事実の認定ないし有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当するので、いずれにも、裁判員が関与し、健全な社会常識を反映させることとすべきである。また、裁判官と裁判員との相互コミュニケーションによる知識・経験の共有というプロセスに意義があるのであるから、裁判官と裁判員は、共に評議し、有罪・無罪の決定および刑の量定を行うとすべきである」⁽⁷⁴⁾と、司法におけるコミュニケーションの視点の重要性に言及している。

第2に、マクロの司法制度全体におけるコミュニケーションに変化がもたらされうることである。三権分立のひとつである司法機関が市民に対して情報公開を行い、説明責任を果たすというコミュニケーションと、能動的な市民権と合意形成プロセスへの市民参加という民主主義の担い手としての市民のコミュニケーションという、双方向に渡るコミュニケーションの変化である。裁判員制度の導入を契機として、民主主義という理念を刑事司法という領域で実現するための新しい合意形成の回路を構築するという観点から、刑事司法の変容を捉えることができるであろう。

司法制度改革審議会意見書が、「司法がその求められている役割を遺憾なく遂行するためには、国民の広い支持と理解が必要である。政治改革・行政改革等を通じて政治部門の統治能力の質が向上するに伴い、政治部門の国民に対する説明責任も重くなる。同様に、司法部門も、司法権の

独立に意を用いつつも、国民に対する説明責任の要請に答え、国民的基盤を確立しなければならない。司法は、その行動が、国民にとって、見えやすく、分かりやすく、頼りがいのあるものであって、初めてその役割を十全に果たすことができるのである」⁽⁷⁵⁾と司法改革が、司法機関の国民に対する説明責任の要請に答えることを目的とすることを明記している。さらに「統治主体・権利主体である国民は、司法の運営に主体的・有意的に参加し、プロフェッショナルたる法曹との豊かなコミュニケーションの場を形成・維持するように努め、国民のための司法を国民自らが実現し支えなければならない」⁽⁷⁶⁾という主張に、市民の主体的参加と国家の説明責任というコミュニケーションの観点を見て取ることができるのである。

おわりに

近代刑法・刑事司法に対する批判から登場した修復的司法は、伝統的な刑罰や刑事裁判という形態よりは建設的な方法で犯罪に対応することを提案した。しかし、それはこれまでの法律による司法である刑事司法制度をすべて否定し、それに代替する司法を提案するものではない。むしろ「法の支配」の下における国家の刑罰権の実現である刑事司法制度を維持しながら、加害者、被害者そしてコミュニティ間の紛争解決のための手段として修復的司法を導入することが提案されているのである。

Braithwaite は、この国家の刑罰権・刑事司法権と修復的司法との関係を、「非支配としての自由」の追求という共和主義的正義論によって理論付けようとしたのである。一方において、法を制定し執行する国家の役割を積極的に認め、恣意的支配を排する「法の支配」の重要性を積極的に評価する。他方において、共和主義的正義論は、民主主義という理念に基づく新しい合意形成のための回路として、修復的司法を位置づけることを可能とした。すなわち、能動的な市民権に裏付けられた合意形成

プロセスへの市民参加と集団討議をその構成原理とする共和主義の観点から、修復的司法を位置づけたのである。

修復的司法は、刑事司法の合意形成過程における専門家の役割を縮小・制限し、かわりに被害者・加害者や市民・コミュニティの参加およびその役割を増大する。そして、より地域に根ざした規範的秩序を強調し、また文化的多様性や違いを受け入れようとする。つまり修復的司法は、観念的には、中央集権的なトップダウンの国家による規範秩序ではなく、コミュニティを含む利害関係者の中から自発的に出てくるボトムアップの規範秩序を志向するものである。換言すれば、中央集権的システムではなく、民主主義的なコミュニケーション・プロセスとして刑事司法を捉えなおすアプローチということができるであろう。

この意味において、行政の領域において、行政情報の公開や、行政の国民への説明責任が強調されるようになったことと共通の背景を有する。刑事司法における修復的司法アプローチが1980年代以降世界的潮流となってきた背景には、すでに述べた被害者の利益・権利の擁護や刑事政策的配慮という刑法・刑事司法固有の問題だけでなく、社会的問題や国際問題に関して新しい合意形成の主体や合意形成の回路への転換が求められているという時代の要請がある。

司法改革における裁判員制度の導入もまた、三権分立のひとつである司法機関が市民に対して情報公開を行い、説明責任を果たすというコミュニケーションと、能動的な市民権と合意形成プロセスへの市民参加という民主主義の担い手としての市民のコミュニケーション、この双方向コミュニケーションとして刑事司法のありかたを捉えなおす契機といえよう。

本稿では、民主主義という理念に基づく新しい合意形成のための回路として、修復的司法を位置づけることを中心に考察してきた。それを基礎にして、修復的司法の具体的プログラムを検討すること、さらに、刑事司法をコミュニケーション・プロセスとして捉えなおすことが、今後

の課題である。

〈注〉

(1) 犯罪によって影響を受けた者である加害者、被害者、その家族およびコミュニティの代表が、犯罪に対する処遇決定過程に直接参加する制度である。See, Andrew Ashworth, *Is Restorative Justice the Way Forward for Criminal Justice?*, 54 *Current Legal Problems* 347, 351 (2001); A. Morris and G. Maxwell, 'The Practice of Family Group Conferences in New Zealand: Assessing the Place, Potential and Pitfalls of Restorative Justice', in A. Crawford and J. Goodey (eds.), *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice* (Aldershot, 2000).

(2) この制度は、被害者家族、加害者家族およびコミュニティ代表者が参加するという点で家族集団協議と共通点があるが、コミュニティの役割が強調されており、さらに司法官が議事運営をサークルが多い点で家族集団協議と異なる。See, B. Stuart, *Building Community Justice Partnerships: Community Peacemaking Circles* (Ottawa, 1996).

(3) 国連準則については、山口直也「修復的司法に関する国連基本原則の成立」山梨学院大学法学論集49号143頁以下(2003年)に準則の成立に至る経緯と内容が詳述されている。

(4) 詳細は、守屋典子「少年事件協議の実現に向けて」自由と正義2002年5月号48頁以下。

(5) 詳細は、山田由紀子「『被害者加害者対話の会運営センター』の発足と実践」自由と正義2002年5月号58頁以下。

(6) 前野育三「修復的少年司法」自由と正義2002年5月号45頁。

(7) T. F. Marshall, *Restorative Justice: an Overview* 5 (London, 1999).

(8) 山口、前掲註3論文169頁。

(9) Jim Dignan & Peter Marsh, *Restorative Justice and Family Group Conferences in England: Current State and Future Prospects*, in Allison Morris & Gabrielle Maxwell (eds.), *Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*, 87 (Hart Publishing, 2001).

(10) James Dignan, *The Crime and Disorder Act and the Prospects for Restorative Justice*, January 1999 *The Criminal Law Review* 48, 48 (1999).

(11) L. Walgrave and H. Geudens, *The Restorative Proportionality of*

Community Service for Juveniles, 4 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 361-380 (1996), cited in John Braithwaite and Christine Parker, *Restorative Justice Is Republican Justice*, in Bazemore & Walgrave (eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, 104 (Criminal Justice press, 1999).

⁽¹²⁾ Kent Roach, Four Models of the Criminal Process, 89 *Journal of Criminal Law & Criminology* 671 (1999) は、刑事司法において被害者の権利保護を追求するモデルとして、懲罰的モデル(the punitive model of victims' rights: a roller coaster model) と非懲罰的モデル (the non-punitive model of victims' rights: a circle model) とを対置して、それぞれの目指す方向が異なることを分析している。そして非懲罰的モデルが、修復的司法であると位置づけている。

⁽¹³⁾ Ashworth, *supra* note 1 at 349.

⁽¹⁴⁾ Allison Morris, *Critiquing the Critics: A Brief Response to Critics of Restorative Justice*, 42 *British Journal of Criminology* 596, 600 (2002).

⁽¹⁵⁾ *Id.* at 598.

⁽¹⁶⁾ John Braithwaite, *Shame and Criminal Justice*, July 2000 *Canadian Journal of Criminology* 281, 295 (2000). なお、鴨志田康弘訳「ジョン・プレスウェイト『恥と刑事司法』」法律時報74巻9号105頁以下を参照。

⁽¹⁷⁾ *Id.* at 296.

⁽¹⁸⁾ 田口守一「リストラティブ・ジャスティスと刑事司法」現代刑事法40巻28頁(2002年)。

⁽¹⁹⁾ Ashworth, *supra* note 1 at 356.

⁽²⁰⁾ R. A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, 62 (New York, 2000).

⁽²¹⁾ Ashworth, *supra* note 1 at 357.

⁽²²⁾ *Id.* at 357.

⁽²³⁾ *Id.* at 364; Morris, *supra* note 14 at 601.

⁽²⁴⁾ 制度の詳細については、拙稿「イギリスの家族集団協議における少年司法と修復的司法の交錯—被害者、加害者、コミュニティ間の法的コミュニケーションの展望—」明治大学短期大学紀要74号39頁以下。

⁽²⁵⁾ 1997年内務省が発行した白書「もう許せない (No More Excuses)」は、青少年犯罪者に関するより建設的な成果を挙げるためにはイングランドとウェールズにおける刑事司法制度は再構成する必要があるとし、さらにそれは、責任 (Responsibility)、修復 (Restoration)、再統合 (Reintegration) と

いう3つの概念の上に築かれるべきであると言及している。See, Home Office, *No More Excuses—A New Approach to Tackling Youth Crime In England and Wales* (1997, HMSO) at para 9.21.

⁽²⁶⁾ この点に関して、当時の内務大臣 Paul Boateng は、青少年犯罪者に対して法的代理人の援助を認めないことはヨーロッパ人権条約6条に違反するという批判を退け、パネルミーティングで青少年犯罪者に対して法的代理人を認めない政府見解を次のように常任委員会で表明している。「青少年犯罪者パネルへの法律家の関与以上に、この法案の目的を破壊する効果を与えるものは考えられない。パネルの運営にプラスとなることはなにもない、ただパネルの目的に対する深刻な障害となるであろう。」「弁護士は自分の役割を、青少年を自らが犯した犯罪に直面させ将来の再犯を防止する方策を考える手続に青少年が参加することを支援することではなく、盾となることと考えている。したがって我々は、法的代理人の除去は積極的なステップと考えている。それは決して青少年に対して否定的結果はもたらさないであろうと信じている。手続には何ら強制的な要素はないのである」。See, Standing Committee E, HC, Second Sitting, June 8, 1999, col. 36 and Fourth Sitting, June 15, 1999, col. 85. cited in Caroline Ball, *The Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 : Part I : A significant move towards restorative justice, or a recipe for unintended consequences?*, April 2000 *The Criminal Law Review* 211, 221 (2000).

⁽²⁷⁾ Camilla Wonnacott LLB, LLM, *New Legislation : The counterfeit contract—reform, pretence and muddled principles in the new referral order*, September 1999 *Child and Family Law Quarterly* 271, 285 (1999) ; Ball, *supra* note 26 at 221.

⁽²⁸⁾ Ken Polk, *Family Conferencing : Theoretical and Evaluative Question*, Christine Alder and Joy Wundersitz (eds.), in *Family Conferencing and Juvenile Justice* (Canberra : Australian Studies in Law, Crime and Justice, Australian Institute of Criminology, 1994) ; Kevin I. Minor and J. T. Morrison, *A Theoretical Study and Critique of Restorative Justice*, in Burt Galaway and Joe Hudson. Monsey (eds.), *Restorative Justice : International Perspectives* (N.Y. : Criminal Justice Press, 1996). 山口直也「修復的司法は新たな厳罰化をもたらさないか？」法学セミナー574号73頁以下(2002年)。

⁽²⁹⁾ J. Bagen, *Kids, cops, courts, conferencing and Children's Right—A Note on Perspective*, 2 *Australian Journal of Human Rights* 209 (1996) ; K.

Warner, *The Rights of the Offender in Family Conferences*, in C. Alder and J. Wundersitz (eds.), *Family Conferencing and Juvenile Justice : The Way Forward or Misplaced Optimism?* (Canberra, AUS : Australian Institute of Criminology, 1994) ; S. Scheingold, T. Olson and J. Pershing, *Sexual Violence, Victim Advocacy, and Republican Criminology: Washington State's Community Protection Act*, 28(4) *Law & Society Review* 729 (1994).

⁽³⁰⁾ J. Braithwaite and K. Daly, *Masculinities, Violence and Communitarian Control*, in T. Newburn and E. Stanko (eds.), *Just Boys Doing Business : Men, Masculinities and Crime* (London, Routledge, 1994) ; G. M. Maxwell and A. Morris, *Family Victims and Culture : Youth Justice in NZ*. (Wellington, Institute of Criminology, Victoria University of Wellington, 1993).

⁽³¹⁾ John Braithwaite, *Principles of Restorative Justice*, in Andrew Von Hirsch, Julian V. Roberts, Anthony Bottoms, Kent Roach and Mara Schiff (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice : Competing or Reconcilable Paradigms?*, 5 (Hart Publishing, 2003).

⁽³²⁾ *Id.* at 5.

⁽³³⁾ Braithwaite, *supra* note 16 at 282.

⁽³⁴⁾ *Id.* at 294.

⁽³⁵⁾ *Id.* at 295.

⁽³⁶⁾ John Braithwaite and Philip Pettit, *Not Just Deserts : A Republican Theory of Criminal justice* (Oxford : Oxford University Press, 1990).

⁽³⁷⁾ Braithwaite & Parker, *supra* note 11 at 104.

⁽³⁸⁾ *Id.* at 104.

⁽³⁹⁾ *Id.* at 104, 109.

⁽⁴⁰⁾ *Id.* at 109.

⁽⁴¹⁾ John Braithwaite, *Setting Standards for Restorative Justice*, 42 *British Journal of Criminology* 563, 565 (2002).

⁽⁴²⁾ *Id.* at 571 ; Braithwaite, *supra* note 31 at 13.

⁽⁴³⁾ Braithwaite, *supra* note 31 at 8-9.

⁽⁴⁴⁾ Braithwaite, *supra* note 41 at 565-66.

⁽⁴⁵⁾ Braithwaite, *supra* note 31 at 9.

⁽⁴⁶⁾ *Id.* at 9.

⁽⁴⁷⁾ Braithwaite, *supra* note 41 at 567.

- (48) Braithwaite, *supra* note 31 at 10.
- (49) *Id.* at 10.
- (50) *Id.* at 10-11.
- (51) *Id.* at 9.
- (52) *Id.* at 11 ; Braithwaite, *supra* note 41 at 569.
- (53) Braithwaite, *supra* note 41 at 570.
- (54) *Id.* at 570.
- (55) Braithwaite & Parker, *supra* note 11 at 109.
- (56) *Id.* at 109.
- (57) Braithwaite & Daly, *supra* note 30.
- (58) Braithwaite & Parker, *supra* note 11 at 110.
- (59) *Id.* at 110-11.
- (60) *Id.* at 108-109.
- (61) *Id.* at 104.
- (62) *Id.* at 111.
- (63) *Id.* at 114.
- (64) *Id.* at 115.
- (65) *Id.* at 115.
- (66) *Id.* at 117.
- (67) *Id.* at 115-16.
- (68) *Id.* at 116.
- (69) Braithwaite, *supra* note 16 at 295.
- (70) Braithwaite, *supra* note 31 at 15
- (71) Braithwaite & Parker, *supra* note 11 at 106
- (72) Braithwaite は、ハーバーマスの法と生活世界に関する考えが自分の考えに近いことを指摘している。 *Id.* at 116.
- (73) 資料「司法制度改革審議会意見書」平成13年 6 月12日司法制度改革審議会、ジュリスト1208号230-31頁。
- (74) 同上231頁。
- (75) 同上189-90頁。
- (76) 同上189頁。